

VU Research Portal

Requiem voor het Jeffrey-arrest

Akkermans, A.J.

published in

De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht
2016

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2016). Requiem voor het Jeffrey-arrest. In M. Faure, & T. Hartlief (Eds.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht* (pp. 91-102). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

7. Requiem voor het Jeffrey-arrest

Arno Akkermans¹

I. Inleiding

In zijn arrest van 27 maart 2015 inzake *AIG Europe/M* heeft de Hoge Raad beslist dat wanneer een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, de rechter ervan uit moet gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is.² De Hoge Raad komt daarbij expliciet terug op het *Dominee*-arrest uit 1951, waarin de afsplitsing van de vordering om erkenning van een recht van de vordering om een executoriale titel, behoudens bijzondere omstandigheden, werd verboden.³ *AIG Europe/M* heeft terecht enige aandacht getrokken.⁴ In deze bijdrage betoog ik dat deze beslissing in haar praktische consequenties de finale doodsklap betekent voor het Jeffrey-arrest uit 1998, waarin een vordering tot verklaring voor recht werd afgewezen wegens het ontbreken van voldoende belang.⁵ Dat is niet onbelangrijk, omdat in het Jeffrey-arrest algemeen een beslissing wordt gelezen die haaks staat op een fundamentele ontwikkeling in het recht en ver daarbuiten: het toenemende belang dat wordt gehecht aan belangen en motieven van niet-financiële aard. Deze ontwikkeling hangt samen met een breder wordend mensbeeld, een fenomeen dat zich voordoet binnen verschillende wetenschappelijke disciplines,⁶ en dat oproept tot een humaner recht. Tijd voor een requiem voor het Jeffrey-arrest. Jaap Spier heeft steeds op zijn eigen manier opgeroepen tot een humaan recht. Ik draag dit requiem aan hem op.

¹ Arno Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law. Hij promoveerde in 1997 bij Jaap Spier op het proefschrift *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997.

² HR 27 maart 2015 (*AIG Europe/M*), ECLI:NL:HR:2015:760, *RvdW* 2015/450.

³ HR 30 maart 1951 (*Dominee*), *NJ* 1952/29.

⁴ *NTBR* 2015/32 m.nt. N.E. Groeneveld-Tijssens, *JIN* 2015/88 m.nt. J. van Weerden, *JA* 2015/76 m.nt. M.R. Hebly, *JBPR* 2015/34 m.nt. D.F.H. Stein en J.M. Truijens Martinez.

⁵ HR 9 oktober 1998 (*Van Aalten/VU of Jeffrey-arrest*), ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, *NJ* 1998/853.

⁶ Vanwege beperkingen in de omvang van deze bijdrage kan ik dat hier niet uitwerken. Ik verwijs naar A.J. Akkermans, 'En, heeft u al een claim ingediend voor schadevergoeding?', *Tijdschrift Conflictantering* 2015, p. 30-31 en A.J. Akkermans, 'Enkele praktijkervaringen met empirisch juridisch onderzoek op het snijvlak van gezondheid en recht', in W.H. van Boom, I. Giesen en M. Smit (red.), *Bundel van het 1e Nederlandse Civilologiecongres*, Den Haag: Bju 2012, p. 83-108 (op p. 106-107).

2. Het arrest AIG Europe/M

De casus van het arrest AIG Europe/M betreft een gewelddadige confrontatie op een leeg parkeerterrein tussen twee rivalen: de nieuwe vriend van een vrouw (op rechtspraak.nl ‘betrokkene 1’ genoemd en in de RvdW ‘S’) en haar ex-vriend (op rechtspraak.nl aangeduid als ‘verweerder’ en in de RvdW als ‘M’). M dreigt met een ‘platenvoetje’, een ijzeren staaf met een dwarsstuk onderaan, en S met een buigijzer. De confrontatie loopt erop uit dat S met zijn auto M aanrijdt, op de motorkap meesleurt en als M daar vanaf valt, over M’s bovenlichaam heen rijdt, met een gebroken schouderblad en vier gebroken lendenwervels tot gevolg.

Vanwege dit weinig eervol verlopen duel zijn beide heren strafrechtelijk vervolgd. M is veroordeeld wegens bedreiging van S met enig misdrijf tegen het leven gericht, maar mede vanwege zijn aanzienlijke letsel is hem geen straf of maatregel opgelegd. Jegens S is poging tot doodslag bewezen verklaard, en bedreiging met zware mishandeling. In hoger beroep is met betrekking tot het eerste noodweer aanvaard, met ontslag van rechtsvervolgning tot gevolg, en is S voor het tweede veroordeeld tot een werkstraf.

In de civiele procedure vordert M een verklaring voor recht dat AIG Europe, als WAM-verzekeraar van de auto van S, jegens hem aansprakelijk is. De rechtbank wijst de vordering af, kort gezegd omdat het noodweer aan de zijde van S overmacht in de zin van art. 185 WvW, dan wel een rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 6:162 lid 2 BW zou opleveren. Het hof wijst het beroep op noodweer af en oordeelt AIG Europe voor 75% aansprakelijk wegens ‘eigen schuld’.

In cassatie beroept AIG Europe zich erop dat het hof toepassing had moeten geven aan de regel uit het Dominee-arrest uit 1951:

“O. dat een vordering, welke uitsluitend strekt om bij gewijsde het bestaan van een rechtsverhouding te doen vaststellen, slechts toelaatbaar is, indien de eiser belang er bij heeft, dat zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door den rechter wordt gegeven;

dat de rechter op het aanwezig zijn van zodanig belang, als een onmisbaar vereiste voor het bestaan van het recht op rechtsbescherming door rechtserkenning zonder meer zelfs ambtshalve letten moet;

dat ter beoordeling van de vraag of zodanig belang aanwezig is ervan moet worden uitgegaan, dat de eisen van een behoorlijke rechtspleging medebrengen, dat de eiser niet willekeurig zijn rechtsvordering mag splitsen in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot praestatie, en dat deze splitsing alleen toelaatbaar is wanneer bijzondere omstandigheden dit tot behoud van eiser’s rechten rechtvaardigen;

dat daarom wanneer de eiser zich jegens den gedaagde beroept op het bestaan van een verbintenis uit onrechtmatige daad, welke hem een aanspraak op vergoeding van schade geeft, hij alleen dan afzonderlijke vaststelling van deze verbintenis mag

vorderen onder voorbehoud van het recht om veroordeling tot schadevergoeding te vorderen, wanneer er bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken, die aan een veroordeling ondanks het bestaan van een aanspraak vooralsnog in den weg staan maar wenselijk maken dat hij althans het bestaan van de aanspraak reeds dadelijk door een bindende verklaring van den rechter veilig stelt”.⁷

Omdat M slechts een verklaring voor recht heeft gevorderd, zonder bijzondere omstandigheden te stellen die rechtvaardigen dat hij daarmee volstaat, had het hof hem ambtshalve niet-ontvankelijk moeten verklaren, aldus het cassatiemiddel van AIG Europe. Deze klacht faalt, aldus de Hoge Raad:

“4.1.2 Indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, dient de rechter ervan uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat geldt ook als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd. Voor zover in HR 30 maart 1951, NJ 1952/29 [= het Dominee-arrest, AA] anders is geoordeeld, komt de Hoge Raad daarvan terug.

4.1.3 In het oordeel van het hof ligt besloten dat M. voldoende belang heeft bij de gevorderde verklaring voor recht. Gelet op hetgeen hiervoor in 4.1.2 is vermeld, heeft het hof hiermee geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zijn oordeel is evenmin onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd, in aanmerking genomen dat niet in geschil was dat M. bij de aanrijding letsel had opgelopen.”

Voor zover het gaat om een verklaring voor recht dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, komt de Hoge Raad dus expliciet terug op de regel van het Dominee-arrest. De rechter dient uit te gaan van voldoende belang als de mogelijkheid van schade aannemelijk is.

3. Geopperde bezwaren tegen de ‘blote verklaring voor recht’

In zijn conclusie voor het arrest vraagt Spier zich af wat naar huidige opvattingen nog aan redenen te bedenken zijn waarom het splitsen van een rechtsvordering in afzonderlijke vorderingen betreffende de erkenning van recht en veroordeling tot prestatie in strijd zou zijn met de eisen van een behoorlijke rechtspleging.⁸ Hij noemt daarbij onder andere de omstandigheid dat eiser bij een vordering tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, de mogelijkheid van schade aannemelijk moet maken, een vereiste dat hij met een verklaring voor recht zou kunnen omzeilen. Op dit argument valt af te dingen dat voor de verklaring voor recht dat *aansprakelijkheid* bestaat – wat naar zijn aard meer omvat dan de

⁷ HR 30 maart 1951 (Dominee), NJ 1952/29.

⁸ ECLI:NL:PHR:2014:2733. Op verzoek van de Hoge Raad nam Spier ook nog een nadere conclusie, ECLI:NL:PHR:2015:360.

verklaring *dat een norm is geschonden* – het bestaan van schade (en causaal verband) per definitie voldoende aannemelijk moet zijn, zodat de drempel voor een vordering tot verklaring voor recht van aansprakelijkheid niet anders zou moeten zijn dan bij een vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure. Nu de bewoordingen van de beslissing van de Hoge Raad bekend zijn kan daar nog aan worden toegevoegd dat de Hoge Raad ook expliciet als voorwaarde stelt dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Als ik dit juist zie, is er op dit punt geen verschil tussen beide vorderingen.

Wel overeind blijft het door Spier genoemde argument dat de rechter niet naar de schadestaatprocedure behoeft te verwijzen wanneer hij de schade zelf kan begroten. In dat geval kan hij de zaak meteen afdoen, wat een vervolgprocedure onnodig maakt. Deze mogelijkheid heeft de rechter niet als alleen een verklaring voor recht wordt gevraagd. De vraag is of dat zo erg is. Deze mogelijkheid van aanstondse schadebegroting veronderstelt een afdoende partijdebat over de omvang van de schade. Het is de vraag hoe vaak deze mogelijkheid zich realiter voordoet, dan wel of het werkelijk verstandig is om partijen indirect tot zo'n debat te dwingen als dat ook – zoals volstrekt gebruikelijk is – buitengerechtelijk zou kunnen worden gevoerd. Ik kom hierop terug.

Voorts noemt Spier het partij-, maar ook algemene belang dat nodeloze (vervolg) procedures worden voorkomen. Deze laatste leggen immers een onnodig beslag op de rechter en de algemene middelen. Dit traditionele argument getuigt strikt genomen van een opmerkelijk wereldbeeld: het suggereert dat de vrijheid van partijen om de regie te voeren over de afwikkeling van hun geschil bij wijze van uitgangspunt moet worden ingedamd om te voorkomen dat zij op relevante schaal in financiële uitpattingen of vexatoire avonturen zouden ontspreiden. Spier signaleert het argument alleen, hij werkt het niet verder uit.

Het belangrijkste bezwaar tegen de enkele verklaring voor recht is de kwestie van het voldoende belang. Zoals Spier het verwoordt:

“Bovendien moet worden voorkomen dat deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen worden lastig gevallen met vorderingen waarbij de eisende partij geen redelijk belang heeft (al gaat het dan veelal om het materiële en niet zozeer om het formele belang). Dat is, naar ik veronderstel, de belangrijkste grond (geweest) voor het in leven blazen van de onder 5 genoemde leer.”

Hiermee komen wij op het terrein van het vereiste van voldoende belang, zoals aan de orde was in het Jeffrey-arrest uit 1997⁹ en het Chipshol-arrest uit 2010.¹⁰ Spier slaat in zijn conclusie deze weg echter niet in. Hij concludeert dat de leer van het

9 HR 9 oktober 1998 (Van Aalten/VU of Jeffrey-arrest), ECLI:NL:HR:1998:ZC2735, NJ 1998/853.

10 HR 19 maart 2010 (Chipshol/Staat), ECLI:NL:HR:2010:BK8146, NJ 2010/172.

Dominee-arrest er naar geldende inzichten in beginsel niet meer mee door kan. En in de concrete situatie van AIG Europe/M meent hij dat:

“het in beginsel getuigt van excessief formalisme om de eisende partij niet-ontvankelijk te verklaren dan wel de vordering te ontzeggen op de door het onderdeel bepleite grond.”

Kijk, dat is de duidelijke taal die wij van Spier gewend zijn.

4. Scheiding van aansprakelijkheidsvraag en schadekwestie is schering en inslag

Exit dus het Dominee-arrest. In de commentaren op AIG Europe/M wordt eveneens ingegaan op de traditionele bezwaren tegen de ‘blote verklaring voor recht’ die aan het arrest van 1951 ten grondslag zouden liggen.¹¹ Misschien niet getuigend van ‘excessief formalisme’ maar toch wel van een pijnlijk hoog theoretisch gehalte, lijkt de bespreking van Groeneveld-Tijssens,¹² die in 2015 is gepromoveerd op een dissertatie over de verklaring voor recht.¹³ Zij heeft duidelijk meer moeite om afscheid te nemen van de traditionele bezwaren dan Spier. Ook zij wijst op het kostenaspect:

“De partij die een procedure aanhangig maakt waarin zij alleen maar een verklaring voor recht vordert (art. 3:302 BW), vraagt wel om de erkenning van haar recht, maar niet om de mogelijkheid om haar recht te verwezenlijken. Natuurlijk zou zij ná de juridische erkenning van haar recht een nieuwe procedure aanhangig kunnen maken waarin zij alsnog om een executoriale titel vraagt, maar dit lijkt in het algemeen onnodig kostenverhogend.”¹⁴

Voorts zou de verklaring voor recht de wederpartij in onzekerheid laten over haar verplichtingen:

“Ons systeem is niet ingericht op de enkele juridische erkenning van een materieel recht: omdat de erkenning van een materieel recht niet tevens de mogelijkheid van verwezenlijking van dat recht impliceert, verkeert de partij tegen wie een verklaring voor recht is uitgesproken, veelal in onzekerheid over haar juridische positie ten opzichte van de wederpartij. Want waartoe is zij gehouden, als in een uitspraak voor recht is verklaard dat zij aansprakelijk is jegens de wederpartij? Betekent dit dat zij gehouden is tot vergoeding van alle door de wederpartij gestelde schade? Of kan zij

¹¹ NTBR 2015/32 m.nt. N.E. Groeneveld-Tijssens, JIN 2015/88 m.nt. J. van Weerden, JA 2015/76 m.nt. M.R. Hebly, JBPR 2015/34 m.nt. D.F.H. Stein en J.M. Truijens Martinez.

¹² N.E. Groeneveld-Tijssens, ‘De Hoge Raad en de verklaring voor recht’, NTBR 2015/32, p. 214-218.

¹³ N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht*, diss. Tilburg, Deventer: Kluwer 2015.

¹⁴ N.E. Groeneveld-Tijssens, NTBR 2015/32, p. 214 l.k.

misschien een beroep doen op eigen schuld waardoor de schade gedeeltelijk of misschien zelfs wel volledig voor rekening moet blijven van de eiser? Alleen al vanwege de onzekerheid die een verklaring voor recht mee kan brengen, lijkt terughoudendheid ten aanzien van een vordering die slechts strekt tot een verklaring voor recht op haar plaats als de eiser (ook) een veroordeling tot een prestatie had kunnen vorderen.”¹⁵

Deze beschouwingen lijken in zoverre maar beperkt geïnformeerd over de praktijk, dat de buitengerechtelijke afwikkeling van schadevergoedingsvorderingen in de praktijk voorop staat, en partijen slechts een beroep op de rechter plegen te doen voor zover zij er buitengerechtelijk niet uit kunnen komen. Komen partijen niet uit de vraag of er aansprakelijkheid bestaat, dan ligt het regelmatig voor de hand om de rechter alleen met die vraag te belasten. Bij de deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade bijvoorbeeld, was dit door de wetgever expliciet voorzien, en gebeurt het aan de lopende band.¹⁶ Dat is niet kostenverhogend maar juist kostenverlagend omdat zoals gezegd partijen er daarna meestal zonder hulp van de rechter samen uitkomen.¹⁷ In het echte leven is er gelukkig heel wat meer onder de zon dan alleen de executoriale titel. Die hebben partijen vaak helemaal niet nodig om hun zaak tot een goed einde te brengen.

De aard van het partijdebat in beide fases is vaak ook heel verschillend. Het gaat niet alleen inhoudelijk om verschillende dingen, ook praktisch gesproken komen partijen in een heel andere verhouding tot elkaar te staan, omdat vanaf het moment dat zij aansprakelijkheid aanvaardt, de aansprakelijke partij veelal bereid zal zijn voorschotten op de schadevergoeding te verstrekken,¹⁸ en vaststaat dat zij moet opkomen voor de redelijke kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand, expertises, en eventuele herstelgerichte dienstverlening.¹⁹ Daarmee verbetert de positie

¹⁵ N.E. Groeneveld-Tijssens, *NTBR* 2015/32, p. 216 r.k.

¹⁶ Zie het evaluatierapport van M. Wesselink, *Deeltjesversneller in het recht? Onderzoek naar de mogelijk versnellende factoren van de gerechtelijke deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade op de buitengerechtelijke onderhandelingen*, Den Haag: WODC 2012; A.J. Van en A.J. Akkermans, ‘Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken’, *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2011, p. 82-86.

¹⁷ Groeneveld-Tijssens zet deze eenvoudige waarneembare werkelijkheid als het ware op zijn kop, waar zij opmerkt: “In de literatuur wordt wel beweerd dat een verklaring voor recht in het algemeen proceseconomisch voordeliger is dan een veroordeling tot een prestatie. Die bewering is tot op heden niet empirisch onderzocht waardoor over de juistheid daarvan mijns inziens nog geen uitspraken kunnen worden gedaan.” A.w. p. 217 r.k.

¹⁸ Dit veronderstelt uiteraard dat de aansprakelijke partij tenminste een gedeelte van de schadevergoedingsvordering wil honoreren, ook al staat de definitieve hoogte daarvan nog niet vast.

¹⁹ Zie over dat laatste A.J. Akkermans, ‘Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel’, in: Arno Akkermans e.a., *(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2015*, Den Haag: Bju 2015, p. 11-36.

van de benadeelde in de zaak vrij fundamenteel. Als eenmaal de hobbel van de aansprakelijkheid is genomen, hebben partijen veel meer kans om de rest van hun zaak in goede samenwerking af te wikkelen.

Ook annotator Van Weerden wijst erop dat scheiding van beide fases van het partijdebat goede zin heeft en in de praktijk veel voorkomt:

“Een verklaring voor recht dat aansprakelijkheid bestaat wil nog wel eens leiden tot een minnelijk vervolg van het partijdebat, al was het maar omdat de omvang van de schade voor partijen helder is. Hierom en omdat discussie over schade algauw van andere, feitelijke orde is dan een discussie of in juridisch opzicht aansprakelijkheid voor schade bestaat, is er op voorhand veel voor te zeggen om de juridische discussie niet te ‘belasten’ met ook nog een feitelijk geschil over schadeposten. Het uit elkaar trekken van het aansprakelijkheidsdebat en het schadedebat is dan prima vista een goed idee.”²⁰

Ook bij de onzekerheid van de aansprakelijk verklaarde partij over haar verplichtingen waar Groeneveld-Tijssens het over heeft, kan ik mij in de praktijk maar weinig of niets voorstellen. Natuurlijk betekent een rechterlijke uitspraak dat zij aansprakelijk is voor schade dat de wederpartij deze moet vergoeden. Doorgaans zal zij dat ook gewoon gaan doen. In de overgrote meerderheid van de gevallen staat bij de wederpartij een verzekeraar aan het roer, dat wil zeggen een professionele partij. Die zal de schade gewoon gaan afwikkelen, en als de omvang daarvoor nog onvoldoende vaststaat, zal hij het debat daarover met de benadeelde aangaan, in eerste instantie uiteraard gericht op een oplossing buiten rechte. De afwikkeling van een schadeclaim kan zeker worden gekenmerkt door veel onzekerheden. Maar de rechterlijke uitspraak dat een partij aansprakelijk is, betekent in beginsel een onzekerheid minder, niet een onzekerheid meer. De suggestie van het tegendeel zet de wereld op zijn kop.

Ook de suggestie van Groeneveld-Tijssens dat onzekerheid zou kunnen bestaan over een eventuele eigen schuld van de benadeelde snijdt geen hout. De aangesproken partij die dat verweer wil voeren kan dat gewoon in het kader van de gevraagde verklaring voor recht doen, en de rechter kan dat gewoon beoordelen, zoals de procedure van AIG Europe/M laat zien. Het hof oordeelde immers dat AIG Europe jegens M voor 75% aansprakelijk was wegens diens eigen schuld. Het heeft mij eerlijk gezegd wel wat verbaasd dit argument aan te treffen in een annotatie bij een arrest dat juist laat zien dat het geen hout snijdt.

20 J. van Weerden, noot bij HR 27 maart 2015, *JIN* 2015/88.

5. De praktische betekenis van het Jeffrey-arrest

Zoals we zagen is het enige traditionele bezwaar tegen de enkele verklaring voor recht dat thans nog de toets der kritiek kan doorstaan, de kwestie van het ‘voldoende belang’. Daar kan na AIG Europe/M alleen nog dan een belemmering in schuilen, wanneer de mogelijkheid van het bestaan van schade *niet* voldoende aannemelijk is. Ik schreef al eerder, samen met anderen, dat dit in de praktijk maar zelden voorkomt.²¹ Ook in het Jeffrey-arrest was er wel degelijk materiële schade waarvan de ouders vergoeding hadden gevorderd, namelijk aan de begrafenis van Jeffrey gerelateerde kosten ad f 2500 die niet werden gedekt door hun verzekering ter zake en niet nader gespecificeerde kosten voor kleding van Jeffrey. Maar de rechtbank had die vordering bij gebreke van specificatie afgewezen en ook in hoger beroep hadden de ouders merkwaardig genoeg specificatie van deze vordering achterwege gelaten. Dat maakte de vordering ook naar het oordeel van het hof niet toewijsbaar, en daardoor bleef alleen de gevraagde verklaring voor recht over.

In hun commentaar stellen Stein en Truijens Martinez dat AIG Europe/M goed met het Jeffrey-arrest is te rijmen, omdat het hof in de Jeffrey-zaak zou hebben geoordeeld dat het bestaan van schade onvoldoende aannemelijk was gemaakt.²² Zij zien er echter aan voorbij dat het hof niet had geoordeeld dat die schade niet aannemelijk was, maar dat de vordering tot vergoeding daarvan niet voor toewijzing vatbaar was omdat deze vordering zowel in eerste aanleg als in hoger beroep niet nader was gespecificeerd. Dat is in zoverre niet hetzelfde, dat het hier slechts kan gaan om een moeilijk te begrijpen en herhaalde beroepsfout van de advocaat van de ouders. Hierop wijst ook Bakels, thans vicepresident van de Hoge Raad, in een voetnoot onder een NJB-artikel waarin hij het probleem bespreekt, dat mogelijkheden voor de Hoge Raad om een geschil tot een bevredigende oplossing te brengen, in hoge mate afhankelijk zijn van de wijze waarop partijen het aan hem voorleggen. Het komt nogal eens voor dat dit niet goed wordt gedaan, aldus Bakels, die vervolgt:

*“Hetzelfde is aan de hand in de rampzalige zaak Jeffrey, HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853: in de conclusie van A-G Langemeijer worden onder 2.11, 2.13, 2.14, 2.18 en 2.20 vijf punten genoemd waarop (de advocaat van) de ouders de kans (heeft/)hebben gemist de zaak als vermogensrechtelijk geschil aan de rechter voor te leggen. Nog afgezien van het antwoord op de vraag of een voor de ouders bevredigende beslissing ooit in deze zaak had kunnen volgen, hoeft het recht – in dit geval de regel: een zuiver emotioneel belang is geen voldoende procesbelang – mijns inziens niet te worden bijgebogen ten gunste van degene die verzuimt het proces volgens de regels te voeren.”*²³

²¹ A.J. Akkermans, E.M. Uijttenbroek, K.A.P.C. van Wees en J.E. Hulst, ‘Excuses in het privaatrecht’, WPNR 6772 (2008), p. 778-784.

²² D.F.H. Stein en J.M. Truijens Martinez, noot bij AIG Europe/M, JBPR 2015/34, alinea’s 21-23.

²³ F. Bakels, ‘Aan de vooravond van de derde van Bruinsma’, NJB 2010/433, p. 543-547, op p. 545, voetnoot 15.

Tegen een advocaat die het bij herhaling voor zijn cliënten verprutst, valt met het bijbuigen van het recht inderdaad slecht op te boksen. Maar de regel van AIG Europe/M brengt thans mee dat het Jeffrey-arrest anders zou zijn geweest als de advocaat met het vorderen van een verklaring voor recht had volstaan. Immers, indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, dient de rechter ervan uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Als de advocaat van de ouders van Jeffrey niet tot tweemaal toe afwijzing van hun vorderingen had uitgelokt, was de mogelijkheid van schade zonder nader onderzoek zeker voldoende aannemelijk geweest. Te denken valt aan diverse uitgaven, maar ook aan shockschade – aan het confrontatievereiste was in elk geval alvast voldaan. En, in de toekomst, hopelijk ook aan affectieschade. Bedenk wel: het is schrijnend, maar strikt genomen had ook een uiterst gering bedrag aan vermogensschade volstaan. Er wordt wel vaker tot aan de Hoge Raad geprocedeerd voor heel beperkte bedragen.

Hoe principieel de beslissing in het Jeffrey-arrest ook moge worden opgevat, praktisch was zij altijd al van beperkte betekenis omdat er in werkelijkheid doorgaans ook (enige) vermogensschade zal zijn.²⁴ Na AIG Europe/M is zij dat in het geheel niet meer, omdat geen zaak meer precies zo zal komen voorliggen. Behalve als de advocaat van eiser beroepsfouten maakt, inderdaad, maar zoals gezegd, daar valt toch niet tegen op te boksen.

6. De principiële betekenis van het Jeffrey-arrest

Qua praktische betekenis kan ‘de rampzalige zaak Jeffrey’ dus ten grave worden gedragen. Maar is teraardebestelling niet in zoverre prematuur, dat de principiële betekenis van die beslissing nog overeind staat? Ik meen van niet. Ook qua principiële betekenis is het Jeffrey-arrest zo dood als een pier. Zoals bekend vorderden de ouders van de driejarige Jeffrey, die na afloop van zwemtherapie in het VUmc in het oefenzwembad verdronk, een verklaring voor recht dat de VU daarvoor aansprakelijk was. Dit oordeel was voor hen een voorwaarde om een zinvol begin te kunnen maken met het verwerken van hun verdriet. De Hoge Raad oordeelde toen dat dit ‘zuiver emotioneel belang’ niet is aan te merken als een voldoende belang in de zin van art. 3:303 BW. Deze uitspraak is reeds destijds hevig bekritiseerd.²⁵ Ook ik vond en vind haar uiterst ongelukkig. Maar ik denk niet dat de Hoge Raad haar heden ten dage nog zo zou wijzen als hij toen deed. Om verschillende redenen meen ik dat wij ervan uit moeten gaan dat aan deze beslissing niet meer de betekenis toekomt die er destijds aan werd toegekend.

²⁴ A.J. Akkermans, E.M. Uijttenbroek, K.A.P.C. van Wees en J.E. Hulst, ‘Excuses in het privaatrecht’, *WPNR* 6772 (2008), p. 778-784.

²⁵ Zie voor een overzicht C.E. du Perron, ‘Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht’, in *Het opstandige slachtoffer*, preadviezen NJV, Deventer: Kluwer 2003, p. 105-161 (op 147 e.v.).

Om te beginnen betekende het arrest destijds al geenszins dat het in het recht ‘alleen om de poen’ zou gaan.²⁶ Dat aan immateriële belangen een plaats toekomt in het vermogensrecht was ook toen al in redelijkheid niet voor betwisting vatbaar.²⁷ Op de aan deze problematiek gewijde jaarvergadering 2003 van de NJV werd een groot aantal situaties geïdentificeerd waarin emotionele belangen als het ware vanzelf kwalificeren als ‘voldoende belang’, zoals bij de aantasting van eer en goede naam en van de persoonlijke levenssfeer, bij gelijke behandeling, persoonlijkheidsrechten, straat- en contactverboden, het portretrecht, en het recht op wetenschap van afstamming.²⁸ Du Perron had in zijn preadvies al gewezen op geschillen in kort geding over de afgifte van een deel van de as van de gecremeerde dochter van partijen, asverstrooiing op zee, toewijzing van een hond aan degene met de sterkste emotionele band, en een omgangsregeling met een hond.²⁹

Sindsdien is de plaats die aan niet-financiële belangen in het recht wordt toegekend alleen maar toegenomen. In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt regelmatig aangenomen dat de declaratoire uitspraak dat een mensenrecht is geschonden, een afdoende remedie is voor de betrokkene.³⁰ In het Shockschade-arrest³¹ oordeelde de Hoge Raad expliciet dat het bieden van ‘erkenning’ een doel van het burgerlijk recht kan zijn.³² Evenzo de wetgever in de toelichting bij beide wetsvoorstellen Affectieschade.³³ Ook de enigszins spiegelbeeldige rechtspraak waarin wordt aangenomen dat de ernstige schending van een fundamenteel recht een ‘aantasting in de persoon’ in de zin van art. 6:106 lid 2 sub b BW oplevert, op grond waarvan vergoeding van immateriële schade kan

²⁶ Vgl. B.W.M. Nieskens-Isphording, ‘Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emoties van Van Maanen’, *NTBR* 1999, p.137.

²⁷ Zie bijv. A.C. Zijderfeld, C.P.M. Cleiren en C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer*, preadviezen NJV 2003, Deventer: Kluwer 2003; G.E. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Bju 2003.

²⁸ Zie L.E. Wiggers-Rust, ‘Jaarvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999: ‘Gaat het in het Burgerlijk Recht alleen om geld?’’, *NTBR* 2004, p. 150-153. Zie met name de opsomming van C.E. Drion op p. 152.

²⁹ Du Perron, a.w., p. 149.

³⁰ Hierop wijzen onder meer D. Haas, ‘Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening’, *MvV* 2010/6.2, p. 158-162; I. Giesen, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: ‘integriteitschade’’, in E.C. Huijsmans en M. van der Weij (eds.), *Schade en Herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, (p. 43-68 en 115-122).

³¹ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240.

³² “In het onderhavige geval is sprake van een tragische gebeurtenis die de moeder ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot immateriële schadevergoeding kan slechts in (zeer) beperkte mate haar leed verzachten, doch kan wel in zekere mate een erkenning van het ondervonden leed betekenen.”

³³ Zie voor het oude wetsvoorstel *Kamerstukken II* 2002/03, 28781 en voor het nieuwe *Kamerstukken II* 2014/15, 34257.

worden toegekend,³⁴ versterkt het beeld dat niet-financiële belangen de afgelopen jaren juridisch alleen maar zwaarder zijn gaan wegen. Onder het kopje ‘2015 is niet 1996’ constateert Hartlief in een recente kroniek van het aansprakelijkheidsrecht:

*“Een algemeen inzicht tegenwoordig is dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen een vergoedingsbelang dient, maar ook kan bijdragen aan de bevrediging van de behoefte aan erkenning of genoegdoening.”*³⁵

Zo is het maar net. 1996 is geen 2015, en 1998 ook niet. In het in 2010 gewezen arrest *Chipshol/Staat* had het hof het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor afgewezen op de grond dat *Chipshol* daarbij geen rechtens te beschermen belang had. Dit kort gezegd omdat *Chipshol* op grond van het gestelde onrechtmatige handelen van de Rechtbank Haarlem geen vordering tot schadevergoeding kon hebben jegens de Staat. De Hoge Raad oordeelt hierover:

*“Maar dat neemt niet weg dat de door Chipshol gestelde gang van zaken, indien deze zou komen vast te staan, een ernstige schending zou betekenen van haar door onder meer art. 6 EVRM gegarandeerde fundamentele recht op een eerlijk proces. In een op die schending gebaseerde procedure tegen de Staat zou Chipshol in elk geval, als genoegdoening voor deze schending, een daartoe strekkende verklaring voor recht kunnen vorderen.”*³⁶

De Hoge Raad oordeelt het dus wel degelijk mogelijk om bij wijze van genoegdoening een verklaring voor recht te vorderen. In het licht van de zojuist bedoelde rechtspraak van het EHRM moge dit geen opmerkelijke uitspraak meer zijn, in de literatuur is uiteraard geconstateerd dat zij een ernstige relativering betekent van de betekenis van het Jeffrey-arrest.³⁷ Men pleegt er echter niet een volledig ‘omgaan’ in te lezen, omdat (1) het in de *Chipshol*-zaak ging om het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor, en niet om een verklaring voor recht; (2) het in de

34 Deze lijn werd ingezet met HR 9 juli 2004 (*Oosterparkrellen*), ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005/391 en HR 18 maart 2006 (*Wrongful life*), ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606. Zij heeft sindsdien ook in de lagere rechtspraak een hoge vlucht genomen, zie bijv. Hof Arnhem 22 maart 2005 (*Kinderontvoering*), ECLI:NL:GHARN:2005:AT2244 en Hof Amsterdam 12 januari 2010 (*onrechtmatig huisbezoek*), ECLI:NL:GHAMS:2010:BL0984.

35 T. Hartlief, ‘Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht?’, *Ars Aequi* 2015, AA20150914, p. 914-926 op p. 915 m.k.

36 HR 19 maart 2010 (*Chipshol/Staat*), *NJ* 2010/172, r.o.v. 3.6.

37 Zie onder andere D. Haas, ‘Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening’, *MvV* 2010/6.2, p. 158-162, op p. 161; I. Giesen, ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: ‘integriteitschade’’, in E.C. Huijsmans en M. van der Weij (eds.), *Schade en Herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014 (p. 43-68 en 115-122), op p. 54-55; G.E. van Maanen, ‘Maakt *Chipshol* een einde aan Jeffrey?’, *NTBR* 2010/24, p. 189 e.v.; A.L.M. Keirse, ‘Een verklaring voor recht als mijlpaal’, *WPNR* 6903 (2011), p. 969 e.v.; D.F.H. Stein en J.M. Truijens Martinez, noot bij *AIG Europe/M, JBPR* 2015/34, alinea’s 21-23.

Chipshol-zaak nog denkbaar was dat in een later stadium een vordering tot schadevergoeding aan de orde zou komen, en in Jeffrey niet; en (3) de aard van de normschending verschillend is: in Chipshol ging het om de gestelde schending van art. 6 EVRM, in Jeffrey om de gestelde schending van een veiligheidsnorm waardoor een kind was overleden.

Deze argumenten zijn allemaal juist, maar kunnen toch niet langer overtuigen. Argument (1) lijkt eraan voorbij te zien dat de Hoge Raad expliciet overweegt dat Chipshol bij wijze van genoegdoening een verklaring voor recht zou kunnen vorderen. Argument (2) was sowieso al wat vergezocht, maar snijdt door de beslissing in *AIG Europe/M* in elk geval geen hout meer. Zoals hiervoor uiteengezet kon de Jeffrey-casus alleen voorliggen zoals hij deed vanwege beroepsfouten van de advocaat van de ouders. Argument (3) is mijns inziens nog het sterkst, maar zelf zou ik niet graag aan het publiek willen uitleggen dat ons recht bij schending van het recht op een eerlijk proces meer bescherming biedt dan bij schending van een veiligheidsnorm waardoor een kind overlijdt. En ik denk dat de Hoge Raad daar anno 2015 ook niet aan zou beginnen. Kortom, ook wat zijn principiële betekenis betreft is het Jeffrey-arrest realiter zo dood als een pier. Het wordt vast een vrolijke begrafenis: ik denk niet dat iemand er een traan om zal laten.³⁸

7. Hoe ver kan de erkenning van niet-financiële belangen gaan?

Wat men in de feestvreugde overigens niet over het hoofd moet zien, is dat de doodverklaring van het Jeffrey-arrest nu ook weer niet tot de regel kan leiden dat *elk* ‘zuiver emotioneel belang’ kan kwalificeren als ‘voldoende belang’ in de zin van art. 3:303 BW. Het is zonneklaar dat de overheidsrechter niet klaar kan staan om elk immaterieel belang te beoordelen.³⁹ Net als een claimcultuur is ook een klaagcultuur geen wenkend perspectief.⁴⁰ Zoals zo vaak in het recht, gaat het om het vinden van redelijke en haalbare grenzen. Het goede nieuws is dat die zoektocht thans ongehinderd door de al dan niet denkbeeldige beperkingen van de rampzalige zaak Jeffrey plaats kan vinden. Ons recht houdt ruimschoots rekening met niet-financiële belangen. Het is een mooie en spannende vraag voor de toekomst, hoever het daarmee zou kunnen en moeten gaan. Wat mij betreft komt aan deze vraag een prominente plaats toe op de agenda van het aansprakelijkheidsrecht.

³⁸ Dit uiteraard anders dan om Jeffrey zelf. Voor zijn ouders moet het allemaal onbegrijpelijk zijn, zowel het arrest zoals destijds gewezen, als het feit dat, zoals hier, zo over hun zaak wordt en moet worden geschreven, juist om uit te bannen wat hen is overkomen.

³⁹ Zie bijv. W.A.M. van Schendel, “Principes edelachtbare”, in W.A.M. van Schendel (red.), *Naar ons voorlopig oordeel*, Prinsengrachtreeks 2001/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 51-64 (op p. 61-63).

⁴⁰ Zo schreef ik al eerder samen met anderen: A.J. Akkermans, E.M. Uijttenbroek, K.A.P.C. van Wees en J.E. Hulst, “Excuses in het privaatrecht”, *WPNR* 6772 (2008), p. 778-784.